

BEATRIZ TEIXEIRA COUTINHO DE CARVALHO

**A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E AS
CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO
DE SEGURO DE SAÚDE**

BEATRIZ TEIXEIRA COUTINHO DE CARVALHO

**A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E AS
CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO
DE SEGURO DE SAÚDE**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais do UniCEUB.

Orientador: Júlio César Lérias Ribeiro

Brasília
2013

BEATRIZ TEIXEIRA COUTINHO DE CARVALHO

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO CONTRATO DE SEGURO DE SAÚDE

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais do UniCEUB.

Orientador: Júlio César Lérias Ribeiro

Brasília, _____ de _____ de 2013

Banca Examinadora:

Professor Júlio César Lérias Ribeiro
Orientador

Professor
Examinador

Professor
Examinador

Dedico este trabalho à minha família, aos meus amigos e ao meu orientador, que me apoiaram e inspiraram a concluir esta caminhada. Dedico em especial à minha mãe, pelo apoio incondicional durante todos esses anos, pela confiança depositada, pelo carinho e incentivo nos momentos mais difíceis.

RESUMO

O presente trabalho de monografia tem por objetivo discorrer acerca da vulnerabilidade do consumidor frente às cláusulas abusivas contidas nos contratos de adesão circulados por prestadoras de serviço de saúde. O debate maior gira em torno da impossibilidade do consumidor em discutir as cláusulas antes de aderir ao contrato, o transformando na parte frágil da relação vertical com a prestadora de serviços. Verifica-se a importância do Código de Defesa do Consumidor no tocante à proteção do consumidor frente a sua vulnerabilidade nas relações contratuais e a possibilidade de anulação das cláusulas abusivas com o objetivo de se proteger o consumidor. Assim, serão discutidos os contratos de consumo sob a ótica da vulnerabilidade do consumidor, a abusividade das cláusulas nos contratos de adesão, a incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos e a proteção da vulnerabilidade do consumidor na interpretação dos contratos. Mais especificamente será tratada a ocorrência de cláusulas abusivas em contrato de seguro de saúde e a possibilidade de sua anulação em decorrência da proteção ao consumidor.

Palavras-chave: Vulnerabilidade do consumidor. Contratos de adesão. Abusividade de cláusulas. Seguro de saúde.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. CONTRATOS.....	9
1.1. Contrato: Generalidades.....	9
1.2. Contrato de consumo: vulnerabilidade do consumidor	15
1.3. Abusividade de Cláusulas em Contrato de Consumo	20
2. CONSUMIDOR	26
2.1. Consumidor na Constituição Federal/88.....	26
2.2. Contratos no Código de Defesa do Consumidor.....	28
2.3. Cláusulas abusivas em contratos de seguro de saúde e a proteção da vulnerabilidade do consumidor no ordenamento jurídico.....	35
3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE ABUSIVIDADE EM CONTRATO DE SEGURO DE SAÚDE.....	40
3.1. Julgado favorável ao reconhecimento de abusividade em contrato de seguro de saúde	40
3.1.1. STJ - REsp: 1.364.775 MG 2012/0271075-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/06/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2013, undefined.....	40
3.2. Julgado desfavorável ao reconhecimento de abusividade em contrato de seguro de saúde	44
3.2.1. STJ – AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO: 1.381.302 - DF 2010/0209987-5, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de julgamento: 13/03/2012, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe19/03/2012, undefined.....	44
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

A presente monografia tratará da existência das cláusulas abusivas em contratos de seguro de saúde, uma vez que, por se tratar de um contrato de adesão, apenas uma das partes, no caso o fornecedor, tem a faculdade de intervenção no conteúdo das cláusulas, e o consumidor apenas pode aderir a elas, sem a possibilidade de discuti-las e modificá-las, gerando, assim, uma vantagem para o fornecedor, que pode usar da má-fé para inserir cláusulas que lhe favoreçam ou estejam em desconexão com o princípio da boa-fé, que rege todos os contratos. Além disso, configurar-se-á a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor o fato de ser o sujeito mais fraco na relação de consumo, desequilibrando essa relação e gerando a necessidade de proteção desse indivíduo.

Em face ao aumento de adesões de novos usuários aos planos privados ligados à saúde, bem como frente ao grande poder econômico das operadoras destes serviços, a relação jurídica entabulada entre as partes está sujeita a abusividade e ilegalidade, principalmente em decorrência da massificação dos pactos por meio dos contratos de adesão. Assim, em muitas ocasiões, surge no campo contratual o conflito de interesses entre o fornecedor desta espécie de serviço e o consumidor, gerando uma insegurança contratual por parte da pessoa física que adere ao contrato sem ter a expertise do fornecedor.

A existência dessas cláusulas abusivas nos contratos de seguro de saúde gerariam uma onerosidade excessiva para o consumidor e uma vantagem exagerada para o fornecedor, gerando um desequilíbrio contratual, portanto impõe-se a questão: é possível o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor com o objetivo de anular-se cláusulas abusivas em contratos de seguro de saúde?

A hipótese em questão responderá afirmativamente ao problema proposto, o qual se verificará nos capítulos seguintes a serem desenvolvidos neste estudo monográfico.

O capítulo primeiro investigará os conceitos doutrinários acerca das generalidades dos contratos, bem como os contratos de consumo, definindo os conceitos de fornecedor e consumidor com foco na sua vulnerabilidade técnica, fática e econômica.

Ato contínuo, será dirigido o estudo ao conceito de cláusulas abusivas nos contratos de consumo, as quais geram um conflito entre o fornecedor e o consumidor, que devem ser resolvidos em observância às normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

O capítulo segundo apontará como origem da codificação tutelar dos consumidores a Constituição Federal de 1988, significando que esse ramo do direito privado brasileiro ganhou garantia constitucional, tornando-se mais social e solidário, preocupando-se com os vulneráveis. Seguindo essa linha, tratar-se-á da interpretação dos contratos de acordo com os princípios e normas do Código de Defesa do Consumidor, analisando a relação jurídica formada nesses contratos, identificando os sujeitos desta e assinalando as suas principais características, focando, no caso do conceito de consumidor, nas correntes doutrinárias desenvolvidas para se determinar o conceito de destinatário final da relação de consumo.

Em seguida, será apontada a vulnerabilidade do consumidor perante as cláusulas abusivas contidas no contrato de seguro de saúde e como tais contratos devem ser interpretados dentre os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. Restar-se-á o direito do consumidor em ver sua vulnerabilidade reconhecida tanto na esfera da regulamentação administrativa, quanto na esfera judicial.

No capítulo três, far-se-á o enfoque jurisprudencial da tutela da vulnerabilidade do consumidor frente às cláusulas abusivas contidas nos contratos de seguro de saúde. Traz-se, ainda, julgado desfavorável a essa tutela, com o objetivo de delimitar em quais casos ela deve servir de ensejo para que se anule ou invalide uma cláusula contratual.

O marco teórico a ser usado neste trabalho é a jurisprudência atual e doutrina contemporânea brasileiras.

O tema ora tratado está em voga nos meios doutrinário e jurisprudencial, provocando inúmeros debates sobre a matéria, em decorrência do crescente número de demandas propostas em face dos operadores de planos ligados à saúde, sendo buscado o efetivo cumprimento das obrigações entabuladas no pacto firmado, ante o descumprimento, na maioria das vezes imotivado, destas.

A metodologia a ser usada são pesquisas bibliográficas e documentais, bem como casos práticos, decorrentes da manifestação do Superior Tribunal de Justiça em casos de aplicação do princípio da vulnerabilidade do consumidor, segundo o entendimento doutrinário e os julgados proferidos pelo Judiciário.

1. CONTRATOS

O contrato é um acordo de vontades, representando um negócio jurídico de cunho econômico. Exterioriza-se por cláusulas que valem como normas, embora normas jurídicas individuais e concretas, às quais as partes estão adstritas, em consequência da possibilidade de auto-regularem seus interesses privados. E, tratando-se de matéria de ordem pública, o campo de atuação dos pactuantes é ainda mais estreito, pois têm de submeter-se e seguir fielmente os ditames imperativos da lei.

1.1. Contrato: Generalidades

O contrato nada mais é do que um negócio jurídico bilateral, ou plurilateral. Segundo Wagner Veneziani Costas¹, o contrato é a convenção ou o acordo para execução de algo sob determinadas condições entre as partes contratantes.

Tal acordo pode ser feito por meio de documento público, particular ou até mesmo verbal, contudo seu distrato deve seguir o mesmo meio. Segundo a interpretação de Luiz Guilherme Loureiro², os contratos não estão sujeitos a nenhuma formalidade. A perfeição do contrato não requer o cumprimento de nenhum requisito de forma, seja a escrita, seja qualquer outro requisito formal. Este princípio se estende também às hipóteses de modificações e término do contrato por acordo das partes. No entanto, o distrato deve observar a mesma forma do contrato, vale dizer, se o contrato adotou a forma escrita, também por escrito deve ser estabelecido o distrato.

Contudo, apesar de alguns contratos não terem forma específica, os contratos possuem seus pressupostos e requisitos. Primeiramente, todo contrato

¹ COSTA, Wagner Veneziani. *Contratos: Manual Prático e Teórico*. 41 ed. São Paulo – Madras, 2008, p. 25.

² LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil*. 1 ed. São Paulo – Editora Método. 2002, p. 46.

pressupõe: a) agentes capazes; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei.³

A capacidade de fato das partes se fundamenta na aptidão da parte em exercer, por si, os atos da vida civil. O artigo 3º do Código Civil⁴ exclui certas pessoas de exercerem pessoalmente os atos da vida civil, por incapacidade absoluta. O legislador entende que tais pessoas não possuem completo discernimento das consequências do contrato, motivo pelo qual, se vierem a contratar, esse contrato será nulo de pleno direito, por isso, tais pessoas devem ser representadas por outrem.⁵

Além da incapacidade absoluta, existe ainda a incapacidade relativa, que vem explicitada no artigo 4º do Código Civil⁶. Essas pessoas podem praticar pessoalmente os atos da vida civil, porém com o auxílio de um assistente, seus pais, tutores ou curadores.⁷

Quanto ao objeto do contrato, esse deve ser aquele não proibido por lei, por exemplo, uma pessoa não pode contratar outra para matar alguém. De acordo com Wagner Veniziani Costas⁸, também não pode ser objeto de contrato coisas impossíveis, impossibilidade essa que pode ser física (por exemplo, compra e venda de um terreno na Lua ou no fundo do mar) ou jurídica (compra e venda de órgãos do corpo humano).

O objeto pode ser determinado ou determinável, ou seja, deve ser individualizado ou individualizável. Dessa maneira, é inválido, por exemplo, um contrato de compra e venda de um veículo sem que se especifiquem espécie, marca, cor e outros atributos que permitam distingui-lo de outros.⁹

³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro – Editora Forense, 2008, p. 155.

⁴ Art. 3º, Código Civil - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezoito anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

⁵ COSTA, Wagner Veneziani. *Contratos: Manual Prático e Teórico*. 41 ed. São Paulo: Madras, 2008, p. 231.

⁶ Art. 4º, Código Civil - São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezoito e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 167.

⁸ COSTA, *op. cit.*, p. 27.

⁹ *Ibidem*, p. 45.

Quanto à forma, essa não depende de especialidade, ou seja, nos casos em que a lei não exigir expressamente uma forma específica, essa pode ser determinada de acordo com a vontade das partes que devem sempre dar aos seus atos objetividade e clareza, seguindo o princípio fundamental da boa-fé. Por isso o contrato deve explicitar especificamente todos os direitos e obrigações das partes.¹⁰

Já quanto aos requisitos do contrato, esses são divididos em: a) o consentimento: declaração de vontade de cada parte do contrato; b) a causa: reflexo dos interesses que as partes pretendem satisfazer com a conclusão do contrato; c) o objeto: conjunto dos atos que as partes se comprometem a praticar; d) a forma: livre.¹¹

De acordo com Orlando Gomes¹², o contrato é inválido quando falta ou é defeituoso um de seus pressupostos ou requisitos, como o celebrado pessoalmente pelo absolutamente incapaz ou aquele no qual o consentimento foi manifestado por erro. No primeiro caso, falta um pressuposto; no segundo, um dos requisitos está viciado. É uma deficiência intrínseca do contrato que impede a produção dos seus normais efeitos.

Para começarmos a falar sobre as formas de invalidade do contrato, primeiro temos que analisar os vícios que podem incorrer em seus requisitos e pressupostos.

O primeiro deles é o erro, que se conceitua por ser uma falsa noção da verdadeira natureza do objeto. Tal erro pode ser acidental, ou seja, pode ser sanado e não irá invalidar o contrato, ou pode ser substancial que é o caso do artigo 139 do Código Civil¹³, nesse caso há de se falar em invalidade do contrato.¹⁴

¹⁰ SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. *Contratos*. 3 ed. São Paulo: Mundo jurídico, 2003, p. 54.

¹¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 187.

¹² *Ibidem*, p. 230.

¹³ Art. 139, Código Civil - O erro é substancial quando:

I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

¹⁴ SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. *Contratos*. 3 ed. São Paulo: Mundo jurídico, 2003, p. 60.

O segundo vício é o dolo que é o induzimento ao erro, ou seja, seu prisma está na má-fé do agente, que quer o resultado ilícito, contrário ao direito. Esse induzimento gera uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada.¹⁵

O próximo vício é o da coação, que, segundo Carlos Alberto de Arruda Silveira¹⁶, é a pressão física ou moral exercida sobre uma das partes para obrigá-la a contratar.

Há também o vício da lesão, que, segundo Carlos Alberto Arruda Silveira¹⁷, é o prejuízo de uma das partes, sofrido na conclusão do negócio devido à sua inexperiência ou à existência de um estado de necessidade, criando uma desproporção entre as prestações estabelecidas.

O quinto vício é o da simulação, que, de acordo com Wagner Veniziani Costa¹⁸, é a declaração fictícia de vontade, que também se traduz pela má-fé e dolo. Por meio da simulação, artifício ou fingimento na execução de um contrato, ocorre a intenção de enganar ou ludibriar, com aparência de verdade e legítimo o que é falso. A falsidade corresponde à adulteração intencional do verdadeiro para fugir à verdade, enquanto a simulação é fruto do fingimento. A simulação constitui, frequentemente, um expediente para ocultar a violação de um preceito legal em defesa de interesses próprios.

O último dos vícios é o da fraude, que se caracteriza, de acordo com Wagner Veniziani Costa¹⁹, como o expediente, o artifício, a manobra com objetivo e intenção de lesar terceiros. Age em fraude a pessoa que usa de procedimento aparentemente lícito. Para isso ela altera deliberadamente a situação de fato para fugir à incidência da norma legal.

Uma vez concluídas as formas de vício dos contratos, agora veremos as formas de invalidades dos contratos.

A primeira delas é a nulidade, que, para Wagner Veniziani Costa²⁰, acontece quando o ato praticado possui um vício ou defeito que o torna ineficaz, de

¹⁵ *Ibidem*, p. 61.

¹⁶ *Ibidem*, p. 63.

¹⁷ *Ibidem*, p. 64.

¹⁸ COSTA, Wagner Veniziani. *Contratos: Manual Prático e Teórico*. 39 ed. São Paulo: Madras, 2002, p. 26.

¹⁹ *Ibidem*, p. 26.

²⁰ *Ibidem*, p. 3.

forma que não possa produzir efeito algum. Quando as normas exigidas para a validade dos contratos não forem observadas, há a nulidade, o que vem expresso no artigo 166 do Código Civil²¹.

Uma segunda forma de invalidade dos contratos é a anulabilidade de modo que tal contrato subsiste até que seja decretada sua invalidade, tal decretação deve ser feita mediante ação judicial. Anulado o ato, as partes retornarão ao estado *a quo*, ou, se este não for possível, haverá indenização.²²

Após vermos as formas de invalidade dos contratos, passamos às formas de extinção do contrato. Além, claro, do simples cumprimento do contrato, esse pode se resolver pelas seguintes maneiras:

Pela resolução, que, segundo Carlos Alberto de Arruda Silveira²³, se configura como o modo de extinção do contrato promovida por um dos contratantes face ao inadimplemento, culposo ou não, do outro.

Nos contratos bilaterais, quando uma das partes torna-se inadimplente, a outra pode exigir a resolução. Esta resolução tem fundamento na cláusula resolutiva, a qual pode ser tácita ou expressa. Será expressa se estiver consagrada no contrato, mas, na ausência de estipulação em concreto, a cláusula presume-se, por força da lei, e neste caso diz-se que ela é tácita.²⁴

A doutrina majoritária entende que se houver cláusula resolutiva expressa não há necessidade de uma ação judicial para se extinguir o contrato, contudo, se a cláusula for tácita, há necessidade de se provar em juízo o inadimplemento contratual.²⁵

Já a rescisão é o modo de extinção contratual pela declaração de vontade de uma ou ambas as partes. Essa declaração de vontade pode vir de ambas as partes, configurando o distrato, ou pode vir de apenas uma das partes.²⁶

²¹ Art. 166, Código Civil - É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei.

²² COSTA, Wagner Veneziani. *Contratos: Manual Prático e Teórico*. 39 ed. São Paulo: Madras, 2002, p. 33.

²³ SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. *Contratos*. 3 ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2003, p. 53 e 54.

²⁴ COSTA, *op. cit.*, p. 101.

²⁵ *Ibidem*, p. 114.

²⁶ *Ibidem*, p. 116.

Pelo distrato, as partes fazem um novo contrato, que tem por finalidade dissolver o contrato anteriormente celebrado, que deve ser feito da mesma forma do primeiro contrato, se a lei exigir para este a forma legal. No entanto, recomenda-se que em qualquer caso os dois tenham a mesma forma.²⁷

A rescisão unilateral só é admitida nas hipóteses de contrato por tempo indeterminado, contrato de execução continuada, contratos cuja execução não tenha começado, nos contratos benéficos ou contratos de atividade.²⁸

A rescisão também pode acontecer nos contratos com cláusula de arrependimento. Nestes casos, segundo Carlos Alberto de Arruda Silveira²⁹, normalmente a faculdade de rescisão vem acompanhada de imposição de uma multa pré-estipulada: a chamada multa penitencial. Esta multa tem a natureza de compensação pecuniária pelo rompimento do vínculo negocial. Havendo multa penitencial estipulada em contrato, nenhuma das partes pode opor-se ao direito da outra de resiliir o contrato.

A terceira hipótese de extinção dos contratos é a rescisão ou resolução por onerosidade excessiva, que se configura pela ocorrência de desequilíbrio entre a situação dos contratantes, ou seja, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, ao passo que ocorra extrema vantagem para a outra, nesse caso, a parte pode pedir a resolução do contrato.³⁰

Em conclusão, deve-se sempre ter como foco que todos os contratos devem ser interpretados com a observância de que ele é composto por duas ou mais vontades que se integram, ou seja, interpretar o contrato deve ser esclarecer o sentido dessas declarações e determinar o significado do acordo.³¹

Segundo Orlando Gomes³², constituindo-se as *declarações*, como se constituem, de palavras com as quais as *partes* comunicam, uma à outra, o que querem, algumas vezes sem exprimir com exatidão a vontade, deve o intérprete iniciar sua tarefa pela averiguação do sentido destas. Dado esse passo, há de partir em busca da *vontade real* dos contraentes, sem esquecer as circunstâncias em que

²⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 156.

²⁸ SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. *Contratos*. 3 ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2003, p. 55.

²⁹ *Ibidem*, p. 57.

³⁰ *Ibidem*, p. 65.

³¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 238.

³² *Ibidem*, p. 238.

se formularam e outros fatos, como o comportamento anterior ou ulterior das partes, que possam servir à plena reconstrução da ideia (*intento*) nascida na mente humana como representação interna.

Também, para Luiz Guilherme Loureiro³³, o intérprete é um intermediário entre o texto e a realidade; a interpretação consiste em extrair o sentido, desenterrar o conteúdo que o texto encerra com relação à realidade. As palavras têm significações imprecisas e ondulantes, o que pode causar dificuldades para a compreensão do verdadeiro sentido do texto contratual.

Não raramente as cláusulas contratuais são redigidas de forma obscura, ambígua ou duvidosa, a exigir do intérprete um exame mais detalhado do contrato para se aclarar a vontade das partes. Como as vontades das partes são expressadas por meio de palavras e, muitas vezes, não comunicam com exatidão o desejado, deve o intérprete iniciar sua tarefa pela averiguação do sentido destas. Dado esse passo, deverá o intérprete buscar reconstituir a vontade real das partes, utilizando-se não somente das estipulações escritas, mas, sobretudo, das circunstâncias que cercaram o contrato.³⁴

1.2. Contrato de consumo: vulnerabilidade do consumidor

Dentre os milhares de contratos existentes, focaremos, agora, no contrato de consumo.³⁵

O contrato de consumo, no seu aspecto subjetivo, possui de um lado o fornecedor, ou seja, alguém que exerce uma atividade empresarial relativa ao bem ou serviço, e de outro lado o adquirente deste produto, o consumidor, que não exerce qualquer atividade profissional relativa a este bem ou serviço.

Os contratos de consumo são comumente chamados de contratos de adesão por não haver espaço para negociação entre as partes, ou seja, seu conteúdo é pré-constituído por uma das partes, o fornecedor.³⁶

³³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil*. 1 ed. São Paulo: Editora Método. 2002, p. 275.

³⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 270.

³⁵ LYRA, Marcos Mendes. *Controle das cláusulas abusivas nos contratos de consumo*. 1 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 4.

³⁶ *Ibidem*, p. 4.

Orlando Gomes³⁷ define contrato de adesão como sendo um contrato que tem seu conteúdo pré-estabelecido por uma das partes, eliminando a livre discussão que precede normalmente a formação dos contratos. À outra parte cabe apenas aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas, aderindo a uma situação contratual que se encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão ao conteúdo preestabelecido da relação jurídica.

Segundo Mário de Camargo Sobrinho³⁸, o contrato de adesão possui três características marcantes:

Uniformidade: o contratante que predispõe as cláusulas tem a intenção de obter a aceitação de um número indeterminado de aderentes, de modo que seja invariável o conteúdo de todas as relações contratuais. Há necessidade de pré-estabelecimento, por uma das partes, das cláusulas dos contratos a serem estipulados em série.

Predeterminação: só há contrato de adesão se suas cláusulas tiverem sido determinadas unilateralmente por uma das partes. O estipulante tem a seu favor a sua maior qualificação profissional, a sua maior experiência, o tempo maior para a escolha das condições contratuais, o que, tudo reunido, lhe dá maior força econômica para impor as condições contratuais que lhe forem mais convenientes e que lhe garantirem maior sucesso no seu empreendimento.

Rigidez: as cláusulas são rígidas porque devem ser regulares, uma vez que têm finalidade de tornar possível uma pluralidade de contratações uniformes.

Conceituado o contrato de consumo, resta agora caracterizar os seus protagonistas, o fornecedor e o consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, já em seu artigo 2º, conceitua o consumidor como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Contudo, há na doutrina duas correntes sobre a extensão do conceito de consumidor. A primeira, dos finalistas, entende que a razão de ser do consumidor é sua vulnerabilidade, logo, só merece se enquadrar nessa definição aquele que tem necessidade da tutela especial. Portanto, a

³⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 129.

³⁸ SOBRINHO, Mario de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. 1 ed. São Paulo: Editora Interlex, 2000, p. 62.

expressão “destinatário final”, mencionada no artigo, se destina àquele consumidor que adquire o bem para proveito próprio e não para revenda.³⁹

Para Carlos Alberto Bittar⁴⁰, consumidor é aquele que utiliza os bens ou serviços adquiridos para seu próprio consumo. Pode ser ele uma pessoa física ou jurídica, desde que seja o destinatário final da cadeia produtiva. Isto é, o consumidor deve adquirir a mercadoria com o objetivo de consumi-la e não com a intenção de reinseri-lá no mercado de consumo. Equipara-se a consumidor, para efeitos legais, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que se encontre sujeita ou propensa a intervir nas relações de consumo; também serão consumidores as pessoas jurídicas sempre que destinatários finais do produto ou do serviço.

Filomeno⁴¹ analisou consumidor do ponto de vista psicológico, como o sujeito sobre o qual se estudam as relações a fim de se individualizar os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo. Nesse aspecto, pois, perscruta-se as circunstâncias subjetivas que levam determinado indivíduo ou grupo de indivíduos a ter preferência por este ou aquele tipo de produto ou serviço, preocupando-se com tal aspecto certamente a ciência do marketing e da publicidade, assumindo especial interesse quando se tratam, sobretudo, dos devastadores efeitos dessa, se enganosa ou tendenciosa, diante das modernas e sofisticadas técnicas do mencionado marketing e merchandising.

Já sob o ponto de vista sociológico, Filomeno⁴² entende que é considerado consumidor qualquer indivíduo que frui ou utiliza-se de bens e serviços, mas pertence a uma determinada categoria ou classe social. Eis aí o elo entre o chamado “movimento trabalhista obreiro” ou ainda “sindicalista” e o “movimento consumerista”, vez que, por razões evidentes, a noção de melhor qualidade de vida pressupõe certamente o próprio poder aquisitivo para dar vazão ao desejo de consumir produtos e contratar serviços, em maior escala, e igualmente de melhor qualidade.

³⁹ *Ibidem*, p. 73.

⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 20 ed. São Paulo: Editora Universitária, 2007, p. 120.

⁴¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 35.

⁴² *Ibidem*, p. 40.

Abstraindo-se das noções de ordem sociológica e psicológica, e concentrando-se apenas na jurídica, para Filomeno⁴³, consumidor vem a ser qualquer pessoa física que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens ou serviços.

Já o conceito de fornecedor vem descrito no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor como sendo “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Sendo que, como serviço, o §2º do artigo 3º entende também as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, ficando excluídas apenas as de caráter trabalhista. O legislador também definiu, no §1º do artigo 3º, com o intuito de evitar interpretações contraditórias, produto como sendo “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.⁴⁴

Nesse contexto, fica claro que, na relação de consumo, o consumidor tem uma vulnerabilidade em relação ao fornecedor. De acordo com Paulo Valério Del Pai Moraes⁴⁵, vulnerabilidade é o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente na mesma relação.

O princípio da vulnerabilidade está presente no Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente no artigo 4º, I, o qual dispõe que “a política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de

⁴³ *Ibidem*, p. 56.

⁴⁴ SOBRINHO, Mario de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. 1 ed. São Paulo: Editora Interlex, 2000, p. 79.

⁴⁵ MORAES, Paulo Valério Del Pai. *Código de Defesa do Consumidor: nos contratos, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 2 ed. São Paulo: Editora Síntese, 2002, p. 96.

consumo.” Nesse sentido, fica claro que o consumidor é a parte mais fraca e, conseqüentemente, desprotegida na relação de consumo.⁴⁶

Vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.⁴⁷

Em outras palavras, a vulnerabilidade do consumidor é um dos motivos pelo qual esse deve ser defendido em uma relação de consumo, já que não tem a expertise do fornecedor. Assim, a doutrina optou por distinguir os tipos de vulnerabilidade.⁴⁸

A primeira delas é a técnica,⁴⁹ que acontece quando o consumidor não detém conhecimentos sobre os meios utilizados para produzir produtos ou para conceber serviços, obrigando-o, assim, a acreditar na boa-fé do fornecedor. Esse tipo de vulnerabilidade acontece quando o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem, ou quanto à sua utilidade.

A vulnerabilidade técnica se configura por uma série de motivos, sendo os principais a falta de informação, informações prestadas incorretamente e, até mesmo, o excesso de informações desnecessárias, esta última muitas vezes tendo o condão de impedir que o consumidor se aperceba daquelas que realmente interessam.⁵⁰

Esta vulnerabilidade concretiza-se pelo fenômeno da complexidade do mundo moderno, que é ilimitada, impossibilitando o consumidor de possuir conhecimento das propriedades, malefícios e benefícios dos produtos e/ou serviços adquiridos diuturnamente. Dessa forma, o consumidor encontra-se totalmente desprotegido, já que não consegue visualizar quando determinado produto ou

⁴⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 141.

⁴⁷ BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 98.

⁴⁸ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 17-19.

⁴⁹ MORAES, Paulo Valério Del Pai. *Código de Defesa do Consumidor: nos contratos, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 2 ed. São Paulo: Editora Síntese, 2002, p. 117.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 116

serviço apresenta defeito ou vício, colocando em perigo, assim, a sua incolumidade física e patrimonial.⁵¹

Um segundo tipo de vulnerabilidade é a jurídica, que se caracteriza pelas dificuldades que o consumidor possui para defender seus direitos, tanto na esfera administrativa, como na judicial.⁵²

Cabe esclarecer que a vulnerabilidade jurídica não se caracteriza pela falta de conhecimentos jurídicos específicos, pois se confundiria com a vulnerabilidade técnica.

O terceiro tipo de vulnerabilidade é a econômica, procedente da desigualdade de forças existente entre os consumidores e fornecedores. Certo é que os agentes econômicos têm poder monetário absurdamente maior que o do consumidor, gerando maiores condições de impor suas vontades àqueles.⁵³

Nesse contexto, para Filomeno⁵⁴, é possível afirmar que o princípio da vulnerabilidade traz ao consumidor o direito de obter informações verdadeiras, claras e de forma precisa sobre o produto ou serviço adquirido. O princípio da vulnerabilidade do consumidor é a busca plena pela harmonização dos desequilíbrios existentes na relação de consumo.

1.3. Abusividade de Cláusulas em Contrato de Consumo

Como vimos, os contratos de consumo têm como principal característica a predeterminação de suas cláusulas por uma das partes, qual seja, o fornecedor. Com essa predeterminação de cláusulas, o consumidor se vê na posição de não ter a faculdade de discuti-las antes de aderir ao contrato, podendo, assim, durante a vigência do contrato, ser criada uma situação que gere uma vantagem excessiva ao fornecedor e uma onerosidade ao consumidor. O motivo do aparecimento de tais situações são as cláusulas abusivas.

⁵¹ *Ibidem*, p. 116

⁵² MORAES, Paulo Valério Del Pai. *Código de Defesa do Consumidor*: nos contratos, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2 ed. São Paulo: Editora Síntese, 2002, p. 117.

⁵³ *Ibidem*, p. 155.

⁵⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 82.

Para Sobrinho⁵⁵, cláusula abusiva se caracteriza pelo aproveitamento do fornecedor de seu dominante poder contratual para exonerar ou limitar suas responsabilidades, atenuar obrigações, agravar ônus e deveres do aderente, estabelecer prazos injustos, inverter o ônus da prova etc., desequilibrando, assim, em seu favor, o regulamento contratual.

Para Nelson Nery Júnior⁵⁶, a expressão cláusulas abusivas é um sinônimo de cláusulas onerosas, opressivas, ou, ainda, excessivas, definindo a cláusula abusiva como aquela que incontroversamente está favorecendo a parte mais forte da relação de consumo, o fornecedor, ou seja, tal cláusula abusiva, quando existente, invalida a relação contratual, pela aparição do desequilíbrio entre as partes. Ademais, o autor nota que o Código de Defesa do Consumidor, tutelando contra as cláusulas abusivas, se aplica a qualquer tipo de contrato de consumo, não se restringindo apenas aos contratos escritos e por adesão.

Para Nadia Regina Gusella Tonial⁵⁷, o que caracteriza a abusividade de tais cláusulas contratuais é o desequilíbrio existente entre a prestação e a contraprestação determinadas no contrato, possibilitando a ocorrência de uma onerosidade excessiva ou prejuízo para o consumidor.

Para Marques⁵⁸, as práticas abusivas nem sempre se mostram como atividades enganosas. Frequentemente, essas cláusulas acarretam um alta dose de imoralidade econômica ou opressão, mesmo não ferindo o requisito da veracidade. Em outros casos, simplesmente dão causa a danos substanciais contra o consumidor. Manifestam-se através de uma série de atividades, pré e pós-contratuais, assim como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesas, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-las.⁵⁹

Assim, o vínculo lógico entre o abuso do direito e a vulnerabilidade do consumidor do Código de Defesa do Consumidor é que resulta o caráter abusivo de determinadas condutas do fornecedor e, da mesma forma, cláusulas abusivas que –

⁵⁵ SOBRINHO, Mario de Camargo. *Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica*. 1 ed. São Paulo: Editora Interlex, 2000, p. 153.

⁵⁶ JUNIOR, Nelson Nery. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 9 ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2007, p. 339.

⁵⁷ ONIAL, Nadya Regina Gusella. *Caracterização das cláusulas contratuais abusivas nos contratos de consumo*. 7. ed. Editora Universidade de Passo Fundo, 2003, p. 147.

⁵⁸ BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 277.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 572.

observada a desigualdade fática entre os sujeitos contratuais – coloquem o consumidor em situação de desvantagem exagerada em relação ao fornecedor.

Marques⁶⁰ defende que, para definir a abusividade, dois caminhos podem ser seguidos: uma aproximação subjetiva, que conecta a abusividade mais com a figura do abuso de direito, como se sua característica principal fosse o uso malicioso ou desviado de um poder concedido a um agente; ou uma aproximação objetiva, que conecta a abusividade mais com paradigmas modernos, como a boa-fé objetiva ou a antiga figura da lesão enorme, como se seu elemento principal fosse o resultado objetivo que causa a conduta do indivíduo, o prejuízo grave sofrido objetivamente pelo consumidor, o desequilíbrio resultante da cláusula imposta, a falta de razoabilidade ou comutatividade do exigido contrato.

Para, Cláudia Lima Marques⁶¹, o método escolhido pelo Código de Defesa do Consumidor para harmonizar e dar mais transparência às relações de consumo tem dois momentos. No primeiro, cria o Código novos direitos para os consumidores e novos deveres para os fornecedores, visando a assegurar a sua proteção na fase pré-contratual e no momento da formação do vínculo. No segundo momento, cria o Código normas proibindo expressamente as cláusulas abusivas nestes contratos, assegurando, assim, uma proteção *a posteriori* do consumidor, através de um efetivo controle judicial do conteúdo do contrato de consumo.⁶²

O Código de Defesa do Consumidor optou por uma única lista de cláusulas abusivas absolutamente proibidas, apresentando dezesseis tipos. Enumera o artigo 51⁶³ do referido Código as cláusulas contratuais que são nulas de

⁶⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74: aspectos materiais. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 624.

⁶¹ *Ibidem*, p. 624.

⁶² LYRA, Marcos Mendes. *Controle das cláusulas abusivas nos contratos de consumo*. 1 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 14-15.

⁶³ Art. 51, Código de Defesa do Consumidor - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

pleno direito e relativas ao fornecimento de produtos ou serviços. Quando a regra for violada, haverá sanção de nulidade apenas às cláusulas que se enquadrarem nas hipóteses arroladas e não o contrato como um todo.

Contudo, para Marcos Mendes Lyra⁶⁴, observando o princípio da proibição das cláusulas abusivas, não seriam elas somente as previstas no artigo 51, Código de Defesa do Consumidor, que contém um rol exemplificativo, mas também qualquer uma que seja contrária à boa-fé ou equidade (artigo 51, IV), ou que esteja em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (artigo 51, XV), compreendendo outros textos normativos além do Código de Defesa do Consumidor (lei de economia popular, lei antitruste, lei de crimes contra a ordem econômica etc.).

Em razão das normas do CDC serem de ordem pública, as nulidades decorrentes das cláusulas abusivas podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, independentemente de provocação, podendo ser arguida ou decidida em qualquer instância ou grau de jurisdição, não operando preclusão.⁶⁵

Para Cláudia Lima Marques⁶⁶, o Código Civil obriga a todos os contratantes a guardar na conclusão e na execução dos contratos os princípios da probidade e da boa-fé. Da mesma forma, o Código limita a liberdade contratual geral à função social do contrato, assim como traz normas sobre o controle e a interpretação dos contratos de adesão entre “civis” e entre “empresários”. Mas, em verdade, na parte geral dos contratos, o Código Civil apenas traz uma norma sobre cláusulas, o artigo 424, que em nada colide ou conflita com os artigos 51, 53 e 54 do

-
- VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
 - VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;
 - VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
 - IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
 - X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
 - XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
 - XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
 - XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
 - XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
 - XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
 - XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

⁶⁴ LYRA, Marcos Mendes. *Controle das cláusulas abusivas nos contratos de consumo*. 1 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 15.

⁶⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74: aspectos materiais. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 276.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 49-50.

Código de Defesa do Consumidor⁶⁷ – ao contrário, reforça o mesmo espírito: “Art. 424 - nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. Logo, Marques conclui que não há conflito possível entre o artigo 424 e as normas do Código de Defesa do Consumidor, mas há diálogo neste sistema plural.

O contrato de adesão, por ser elaborado unilateralmente pelo fornecedor, é reflexo inevitável de um esforço de resguardar os interesses econômicos do empresário. Embora permitido pelo Código de Defesa do Consumidor, há inúmeros limites normativos, tanto na apresentação do documento quanto no seu conteúdo.⁶⁸

O contrato de adesão deve ser objetivo, claro, não gerar dúvidas nem ambiguidades. Um meio muito comum de dificultar a compreensão do documento é elaborar contratos longos que, a rigor, nada mais fazem do que repetir diversos artigos do código Civil e de outras leis aplicáveis, sem qualquer preocupação em substituir termos técnicos por palavras que possam ser entendidas pelo consumidor.⁶⁹

Quanto à interpretação dos contratos, Marques⁷⁰ esclarece que os contratos, em regra geral, devem ser interpretados, especialmente em suas cláusulas ambíguas, contra aquele que redigiu o instrumento. Isto é, uma vez se tratando de uma relação de consumo, que merece tutela do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que cláusulas contratuais deverão ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, princípio geral da interpretação pró-consumidor (artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor⁷¹).⁷²

⁶⁷ Art. 53, Código de Defesa do Consumidor - Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

Art. 54, Código de Defesa do Consumidor - Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

⁶⁸ BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 362.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 363-364.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 150.

⁷¹ Art. 47, Código de Defesa do Consumidor - As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

⁷² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74: aspectos materiais. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 170.

Assim, nas relações de consumo, o contrato deve ser redigido conforme as normas do Código de Defesa do Consumidor, as quais são de ordem pública e interesse social e interrogáveis pela vontade das partes. Tal Código estabelece que, em uma relação de consumo, as partes devem sempre priorizar a lealdade e a boa-fé, gerando, assim, um controle. A boa-fé deve significar um pensar não só em si mesmo, ou em como transferir riscos profissionais próprios para o outro parceiro, por meio de um contrato, mas sim pensar na outra parte, uma vez que o consumidor tem expectativas legítimas. Ou seja, a relação de consumo não deve servir apenas para que o fornecedor obtenha vantagens, mas para que o consumidor atinja o fim que o levou a aderir o contrato.

2. CONSUMIDOR

2.1. Consumidor na Constituição Federal/88

O Código de Defesa do consumidor é protegido pela Constituição Federal⁷³, o que não ocorria nas legislações anteriores destinadas ao consumidor.

Ainda na Constituição, é atribuída competência concorrente para legislar sobre danos ao consumidor, em seu artigo 24, VIII⁷⁴. No capítulo da Ordem Econômica, mais especificamente no art. 170, V⁷⁵, a defesa do consumidor é apresentada como um dos motivos justificadores da intervenção do Estado na economia.

Para Cláudia Lima Marques⁷⁶, o ordenamento jurídico brasileiro é um sistema ordenado de direito positivo. Sob esta ótica sistemática, o direito do consumidor é um reflexo do direito constitucional de proteção afirmativa dos consumidores.

Em outras palavras, para Cláudia Lima Marques⁷⁷, a Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil, pois no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁷⁸ encontra-se o mandamento para que o legislador ordinário estabeleça um Código de Defesa e Proteção do Consumidor, o que aconteceu em 1990.

⁷³ Art. 5º, Constituição Federal - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

⁷⁴ Art. 24, Constituição Federal - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

⁷⁵ Art. 170, Constituição Federal - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor;

⁷⁶ BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁷⁸ Art. 48, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

O direito do consumidor, para Marques⁷⁹, seria um conjunto de princípios e normas que visam a atingir as expectativas do mandamento constitucional. Primeiramente, promovendo a defesa dos consumidores (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”). Observando e assegurando, como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária defesa do consumidor (art. 170 da Constituição Federal de 1988: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados aos seguintes princípios (...) V – defesa do consumidor; (...); e sistematizando e ordenando esta tutela especial infraconstitucionalmente através de um Código, que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na ideia de proteção do sujeito de direitos (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo), um código de proteção e defesa do consumidor (artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988: “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”).

De outro lado, para Marques⁸⁰, a inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 também significa, sistematicamente, uma garantia constitucional deste ramo do direito privado, um direito objetivo de defesa do consumidor. É a chamada “força normativa” da Constituição, que vincula o Estado e os intérpretes da lei em geral, que devem aplicar este novo direito privado de proteção dos consumidores. Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 é a garantia institucional da existência e efetividade do direito do consumidor no Brasil.

Em resumo, a Constituição Federal certamente é o centro irradiador de um direito brasileiro privado, no qual se constrói uma maior preocupação com os vulneráveis da nossa sociedade. Cria-se, assim, um direito privado solidário, o qual deve sempre ser interpretado a favor, e nunca contra, o consumidor, sujeito de direitos identificado pela Constituição Federal como sujeito vulnerável a ser protegido pelo Poder Judiciário e Executivo e uma “força normativa” imposta a estes

⁷⁹ BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 33.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 35.

poderes como guia de atuação positiva e funcional, que também vincula o Poder Legislativo. Em outras palavras, a Constituição seria a garantia e o limite de um direito privado construído sob seu sistema de valores e incluindo a defesa do consumidor como princípio geral.⁸¹

A origem da codificação da tutela dos consumidores no Brasil nasceu da Constituição Federal de 1988, justamente no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Graças a essa especificação, o Código de Defesa do Consumidor recebeu uma garantia constitucional, incluindo no direito privado brasileiro a defesa do consumidor não apenas como uma livre iniciativa, mas sim como um de seus valores. Em outras palavras, em uma visão sistemática do ordenamento jurídico, onde a Constituição é o ápice e guia de todo o direito, privado e público, este deve ser interpretado conforme a Constituição e seus valores.⁸²

Em resumo, trata-se de um novo direito privado, resultado da influência dos direitos civis (ou fundamentais de liberdade) e dos direitos sociais e econômicos (ou direitos fundamentais positivos de prestação); um direito privado ciente de sua função social, um direito privado guiado pelos valores e pela ordem constitucional. Este novo direito privado brasileiro seria garantido e moldado pela ordem pública constitucional, limitado e construído pela eficácia dos direitos fundamentais aí recebidos.⁸³

2.2. Contratos no Código de Defesa do Consumidor

Como vimos, o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor traz o conceito de consumidor, contudo, a doutrina verificou uma enorme dificuldade para conceituar o consumidor sob seu elemento finalístico e entendeu necessário apresentar três teorias sobre o assunto.

A primeira delas é a teoria maximalista. Para os maximalistas, o Código de Defesa do Consumidor surgiu para ser um código geral de consumo. Os percussores dessa teoria defendem que é suficiente a ação de retirada do bem da

⁸¹ BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

⁸² *Ibidem*, p. 37.

⁸³ *Ibidem*, p. 39.

cadeia de consumo para se tornar um destinatário fático e, portanto, um consumidor.⁸⁴

Com efeito, para essa teoria, o conceito colocado pelo artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor deve receber interpretação a mais ampla possível. Não importa se o consumidor adquire um produto para consumo próprio ou com o objetivo de aproveitá-lo para desenvolvimento de uma atividade lucrativa, reinserindo-o na cadeia produtiva e de consumo. O que importa, para os maximalistas, é a retirada da mercadoria do mercado de consumo.⁸⁵

Contudo, por essa teoria ampliar o conceito de destinatário, ela fragiliza o imo do Código de Defesa do Consumidor, que é resguardar o mais vulnerável.

Constata-se que essa linha doutrinária amplia tanto o conceito de consumidor que acaba por desfalcocar o Código Civil, afastando dele a disciplina da maioria dos contratos cíveis e empresariais que estariam albergados pelo Código de Defesa do Consumidor.⁸⁶

Diante disso, Cláudia Lima Marques⁸⁷ observa que a teoria maximalista foi caindo em desuso, especialmente após a criação do Código Civil em 2002. A jurisprudência e doutrina brasileiras foram apoiando substancialmente outra teoria, que trazia outra concepção de consumidor denominada finalista.

A teoria maximalista trazia uma concepção demasiadamente extensiva de consumidor, não importando se esse retirava do mercado o produto ou serviço para uso próprio ou com finalidade de lucro, bastando apenas ser destinatário fático, ou seja, apenas adquirisse o produto ou serviço. Como esperado, essa passou a ser a principal crítica à teoria, pois fazia com que o Código de Defesa do Consumidor, que foi concebido com o objetivo de proteger determinados sujeitos numa relação jurídica específica, passasse a regular todo e qualquer contrato de aquisição de bens e serviços.⁸⁸

⁸⁴ BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 71.

⁸⁵ MELO, Nehemias Domingos de. *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 17.

⁸⁶ RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. *Ônus da prova no código de defesa do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 73.

⁸⁷ BENJAMIM; MARQUES; BESSA, *op. cit.*, p. 72.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 71.

Entretanto, como já apontado, esse não é o objetivo do Código de Defesa do Consumidor, especialmente criado, por força constitucional, para defesa do sujeito vulnerável da relação de consumo.

Em uma linha contrária à dos maximalistas, a teoria finalista ou teológica, como a própria denominação indica, busca conceituar o consumidor com a finalidade de aplicar a cobertura protetiva do Código de Defesa do Consumidor mais alinhada à finalidade para a qual foi criado, ou seja, a proteção da parte vulnerável da relação jurídica.⁸⁹

Para os defensores da teoria finalista, o conceito de consumidor deve ser baseado na ideia de destinatário final, ou seja, diferentemente dos maximalistas, os finalistas defendem que não se deve conceituar o consumidor apenas como destinatário fático, mas também destinatário final. De certo que para que o consumidor seja o destinatário final do bem ou serviço, esses devem ser utilizados por aquele para uso próprio, sem fins lucrativos ou de reintrodução na cadeia produtiva.⁹⁰

Assim, ao interpretar o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, a teoria finalista adota um conceito menos abrangente de consumidor. Para essa teoria, apenas aqueles que retiram o produto ou serviço do mercado de consumo, sem a intenção de reintegrá-lo novamente no mercado, ou seja, os reais destinatários finais, podem ser considerados consumidores. Cabe esclarecer, ainda, que para essa teoria também não se caracteriza como consumidor aquele que utiliza o produto ou serviço adquirido para ser aplicado na sua cadeia produtiva, utilizando-o como insumo.⁹¹

Trata-se, para a teoria finalista, de uma restrição lógica do conceito de consumidor, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor tem por objetivo a proteção do vulnerável, ou seja, não podem ser considerados vulneráveis, do ponto de vista técnico, jurídico ou fático, os profissionais ou pessoas jurídicas que adquirem produtos ou serviços com finalidade lucrativa.⁹²

⁸⁹ KHOURI, Paulo R. Roque A. *Contratos e Responsabilidade Civil no CDC*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 58.

⁹⁰ BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 70-71.

⁹¹ *Ibidem*, p. 72.

⁹² *Ibidem*, p. 73.

Por essa razão, a teoria finalista excluía totalmente as pessoas jurídicas e só considerava as pessoas físicas no âmbito de proteção das normas de defesa do consumidor. Assim, o conceito de consumidor se atrela à pessoa física, ou seja, um não profissional ou um leigo que consome apenas para fins familiares ou de suas necessidades cotidianas.⁹³

Entretanto, contestando a intenção da teoria finalista, o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor inclui também as pessoas jurídicas no conceito de consumidor, instituindo que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.⁹⁴

Por essa razão, surgiram discussões sobre em que circunstâncias a pessoa jurídica é apontada como destinatária final do produto ou serviço que adquire, pois, via de regra, a pessoa jurídica adquire produtos e serviços como insumo de sua atividade rentável.⁹⁵

Assim, ainda baseando-se na noção do Código de Defesa do Consumidor de proteger o vulnerável da relação de consumo, fundando-se entre as teorias finalista e maximalista, desenvolveu-se a denominada teoria finalista mista ou moderada.⁹⁶

Para essa teoria, existe a possibilidade de se classificar o profissional e a pessoa jurídica como consumidores se, da análise do caso concreto, restar configurada a vulnerabilidade fática, técnica ou jurídica, por ser esta a característica central que configura a necessidade de proteção desse indivíduo na relação de consumo.⁹⁷

A vulnerabilidade é a peça fundamental do direito do consumidor, é o ponto de partida de toda a sua aplicação, principalmente em matéria de contratos.⁹⁸

⁹³ BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 70.

⁹⁴ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço: Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11.09.1990*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 53.

⁹⁵ SILVA, de Plácido. *Apud* TALAVERA, Glauber Moreno. *Relações de consumo no direito brasileiro*. Editora Método: São Paulo, 2001, p. 103.

⁹⁶ TALAVERA, Glauber Moreno. *Relações de consumo no direito brasileiro*. Editora Método: São Paulo, 2001, p. 113.

⁹⁷ BENJAMIM; MARQUES; BESSA, *op. cit.*, p. 71.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 97.

Seguindo essa linha, para os percussores da teoria finalista moderada, a vulnerabilidade da pessoa física, por força legal, é presumida. Contudo, o contrário acontece com os profissionais e as pessoas jurídicas, que presumem-se não vulneráveis. Porém, essa presunção pode ser afastada, por ser uma presunção relativa, se houver a demonstração de vulnerabilidade no caso concreto.⁹⁹

Cabe ressaltar, contudo, que essa vulnerabilidade do profissional e da pessoa jurídica pode ser identificada com maior facilidade em certas hipóteses, como, por exemplo: quando um profissional adquire serviço ou produto que não tem relação com a sua atividade ou nos casos de profissional de pequeno porte ou, ainda, nos casos em que o fornecedor detém monopólio do produto ou serviço.¹⁰⁰

O Código de Defesa do Consumidor apresenta importante regra de hermenêutica em relação aos contratos de consumo: dispõe o art. 47 que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.¹⁰¹

Significa que, entre dois ou mais sentidos possíveis de serem extraídos da leitura do contrato, deve-se privilegiar a interpretação mais favorável ao consumidor, parte frágil da relação. Entre duas cláusulas contraditórias ou aparentemente dissonantes, deve-se observar a que mais vantagens apresenta ao consumidor.¹⁰²

Destaque-se, ainda, que a interpretação mais favorável ao consumidor, determinada pelo art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, tem cabimento tanto em face de cláusulas obscuras e contraditórias como também diante de “cláusulas claras” que, em princípio, não ensejam dificuldades em sua aplicação.¹⁰³

O contrato de adesão é um negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas

⁹⁹ BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 72.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 72.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 366.

¹⁰² *Ibidem*, p. 366.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 366.

antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional e futuras relações concretas.¹⁰⁴

Na definição de Cláudia Lima Marques¹⁰⁵, o contrato de adesão é aquele cujas cláusulas estão pré-estabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato.

Portanto, os contratos de consumo, em termos específicos, se denotam pela oposição à ideia de paridade, pois não há possibilidade de qualquer embate entre as partes para a formulação das cláusulas, sendo que um dos contratantes se limita a aceitar o que já foi predeterminado a tal ponto que, na maioria das vezes, o consumidor sequer lê o instrumento contratual ao qual vai aderir. A manifestação do aderente, a adesão, é desta forma a declaração de vontade, e se consubstancia no seu consentimento.¹⁰⁶

Com a adesão nasce a relação contratual, que será regida pelas cláusulas predispostas, que serão o seu conteúdo normativo. Por isso, deve existir um “dever de transparência” nas relações de consumo.¹⁰⁷

O contrato de consumo é um instrumento fundamental da nova economia de mercado, necessário para a maioria das relações de consumo, uma vez que fornecedores e consumidores não dispõem de tempo suficiente para discutir as cláusulas contratuais que envolvem suas inúmeras atividades no dia a dia, possuindo o fornecedor um contrato padrão, que é utilizado para todos os consumidores. Por outro lado, esse tipo de contrato serve principalmente aos interesses do estipulante, que fixa de forma unilateral as condições do negócio jurídico e procura, por muitos meios e inúmeras cláusulas, de forma explícita, e às vezes implícita, resguardar preferentemente os seus interesses, eliminar todos os riscos, diminuir os casos e a extensão de sua responsabilidade, estabelecer ao outro prazos exíguos para a prática de atos, a manifestação de vontades ou o exercício de direitos; nada prevê contra si, mas cria taxas, comissões, sanções, penas e multas pelo mínimo descumprimento por parte do aceitante. O surgimento do contrato de

¹⁰⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Contratos I: conceitos, fontes, formação*. 5.ed. São Paulo: Editora Almedina, 2013, p. 150.

¹⁰⁵ BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 222.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 225.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 226.

adesão muitas vezes acaba trazendo no seu bojo uma afronta aos princípios da boa-fé, da lealdade, da tutela da confiança e do equilíbrio contratual.¹⁰⁸

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, III¹⁰⁹, e artigo 3º, I¹¹⁰, consagram, respectivamente, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana e, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade justa e solidária, que devem ser observados quando da interpretação das normas que compõem o nosso ordenamento jurídico.

Vale destacar que as normas que regem os contratos também são impregnadas por esses valores constitucionais. Resulta-se, assim, que, mesmo o contrato tendo conteúdo patrimonial, no ordenamento jurídico, orientado pelos princípios constitucionais acima referidos e pelos princípios norteadores do Código Civil vigente, deverá submeter-se ao sistema valorativo que foi escolhido pelo legislador.¹¹¹

Nessa perspectiva, o contrato não poderá atender apenas aos interesses dos contratantes, mas deverá cumprir o seu conteúdo axiológico, atendendo àqueles princípios que norteiam todos os institutos de direito privado, lembrando que os valores essenciais do Código Civil vigente são: eticidade, socialidade e operabilidade.¹¹²

Poderíamos então concluir, de forma simplista, que o contrato, além de cumprir os pressupostos que lhes são próprios, deverá também cumprir a exigência, em sentido amplo, de ser útil para a sociedade, requisito esse que lhe é cobrado através de uma cláusula geral intrínseca aos contratos.¹¹³

Nessa linha, pode-se chegar ao entendimento de que essa exigência, analisada dentro do contexto constitucional, nos conduz ao entendimento de que

¹⁰⁸ BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 226.

¹⁰⁹ Art. 1º, Constituição Federal - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

¹¹⁰ Art. 3º, Constituição Federal - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

¹¹¹ BENJAMIM; MARQUES; BESSA, *op. cit.*, p. 301.

¹¹² *Ibidem*, p. 301.

¹¹³ MARTINS, Guilherme Magalhães *et. al.* *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 376.

será útil para a sociedade o contrato que preserve a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, bem como que atenda, também, ao solidarismo, definido como objetivo fundamental para a sociedade brasileira.¹¹⁴

2.3. Cláusulas abusivas em contratos de seguro de saúde e a proteção da vulnerabilidade do consumidor no ordenamento jurídico

No texto constitucional, a saúde passou a integrar o Sistema de Seguridade Social. Instituiu-se o Sistema Único de Saúde (SUS), um sistema de atenção e cuidados que não consegue ser suficiente para a efetivação do direito à saúde à toda a população. Assim, milhões de brasileiros buscam os serviços de planos de saúde para obter o “verdadeiro” acesso a essa garantia constitucional a um custo compatível com o nível de renda de cada um.¹¹⁵

O problema dos planos de saúde é, pois, tanto um problema de saúde pública e uma questão social, quanto um problema corretivo de contratos de adesão. Como até hoje o sistema público não foi capaz de oferecer cobertura universal, gratuita e adequada, estabelecer alguma harmonia entre o sistema privado e o sistema estatal impõe-se naturalmente.¹¹⁶

Os contratos de seguro de saúde são regulados pela Lei 9.656/98, e, para Cláudia Lima Marques¹¹⁷, essa lei não veio para regular a competição entre as empresas de saúde, ela tem por objetivos regular contratos de adesão, que são de massa, e garantir a estabilidade e a liquidez das operadoras, impondo-lhes administrativamente certas regras técnicas. A própria lei faz referência expressa ao Código de Defesa do Consumidor, dispondo que a regulamentação dos planos privados de assistência à saúde ali prevista não exclui, no que couber, a regulamentação das leis 8.078/90 e 8.080/90.

A análise da relação estabelecida entre as operadoras de planos e seguros de saúde evidencia uma modalidade especial de avença: trata-se de relação de consumo, já que as operadoras e seguradoras, prestando o serviço

¹¹⁴ BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 302.

¹¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Saúde e Responsabilidade: Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 24.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 29.

objeto de contratação de maneira reiterada e mediante remuneração, enquadram-se perfeitamente no conceito de fornecedores.¹¹⁸

O Código de Defesa do Consumidor tem raiz constitucional, sendo lei geral e principiológica, portanto, hierarquicamente superior à lei 9.656/98, que, por sua vez, é posterior e especial. Existe então, complementação entre ambas as normas, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor regula todas as relações de consumo e a lei 9.656/98 regula as especificidades dos planos de assistência à saúde.

Entende-se que a lei 9.656/98 encontra-se dentro do direito do consumidor, seus dispositivos devem ser interpretados dentre os princípios gerais ou contratuais do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, no conflito aparente entre o Código de Defesa do Consumidor e a lei 9.656/98, para solução de determinada questão, deve prevalecer a aplicação do primeiro se contiver norma mais benéfica para o consumidor.

O consumidor de plano de saúde continua a ter o direito a ver reconhecida sua vulnerabilidade tanto na esfera da regulamentação administrativa quanto na esfera judicial. Na mesma ordem, publicidade enganosa e abusiva, assim como práticas e cláusulas abusivas são sujeitas a invalidação. Nesse contexto, é possível modificar e rever as cláusulas que se mostram abusivas no momento de sua execução, por serem desproporcionais ou em razão de fato superveniente que as torne excessivamente onerosas.¹¹⁹

Se os planos de saúde, ou os seguros de saúde, têm caráter segurador, não é difícil entender que estão submetidos ao ordenamento do direito do consumidor, como a própria lei que os regulamenta continuamente dispõe, como incorporam aqueles pontos já antes apresentados a respeito dos contratos de seguro como contratos de adesão.

Cabe ressaltar que o próprio Superior Tribunal de Justiça editou súmula no sentido de resguardar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas causas que envolverem casos de seguro de saúde, qual seja, a súmula 469 do

¹¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Saúde e Responsabilidade: Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.75.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 35.

referido tribunal: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos e plano de saúde”.

A súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento, há tempo pacificado no Tribunal, de que a operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota.

Verifica-se reiteradamente, que inúmeros planos de saúde adotam práticas abusivas em relação ao cidadão-consumidor, como a limitação de internações e consultas, a proibição de determinados procedimentos, a rescisão de contrato em razão da sua alta sinistralidade, entre outros. Diante dessa realidade, o Superior Tribunal de Justiça tem atuado quando as condutas dos fornecedores de planos de saúde violam o direito básico do consumidor, aplicando, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor para fazer valer os direitos dos segurados ou para manter o equilíbrio dessa relação.

É por demais tormentoso analisar as questões contratuais relativas ao plano e contrato de seguro de saúde, pois, sendo estes de adesão, é, na medida em que vivemos a total falência da saúde pública no Brasil, que o consumidor se vê na angustiada situação de se submeter às cláusulas contratuais que lhe são impostas pelas empresas privadas e, só no momento em que necessita utilizar o seu plano ou contrato, é que vai deparar com as inúmeras dificuldades, sejam elas relativas ao atendimento médico hospitalar, sejam relativas aos reajustes exorbitantes que, além de abusivos, ultrapassam a lógica e a realidade econômica do país, já que vivemos em um período de estabilidade da moeda.

Alguns planos utilizam reajustes abusivos quando há mudança de faixa etária, onde está dito que o valor mensal a ser pago sofrerá alteração automática, correspondente a uma nova idade. Por exemplo, em alguns planos, a partir dos sessenta anos o acréscimo pode chegar a 15% e após os sessenta e cinco anos pode haver reajuste de 10% a cada nova idade atingida, tudo isso sem prejuízo dos reajustes autorizados pelos órgãos competentes.

Alegam seus defensores que estas cláusulas se justificam pelo fato de que a partir dos sessenta anos o consumidor utilizará com mais frequência os

serviços médico hospitalares. É provável, mas não certo, pois há casos de pessoas idosas que raramente adoecem ou procuram atendimento médico.

Outra abusividade refere-se à cláusula que permite à contratada rescindir o contrato mediante simples manifestação por escrito e dirigida ao contratante, assim como cancelar a qualquer tempo o credenciamento de hospitais, clínica, laboratórios, etc., sem qualquer aviso prévio ao consumidor.

Se junta a tudo isso a exclusão de moléstias e doenças adquiridas antes da assinatura do contrato que, na maioria das vezes, salvo nos casos de má-fé, o consumidor não sabe que é portador de qualquer moléstia ou doença no momento que contrata um plano de saúde. Seria então correto que a empresa solicitasse uma bateria de exames a fim de comprovar não ser o mesmo portador de qualquer enfermidade.

Como já esclarecido, mesmo após a edição da Lei 9656/98, os contratos referentes aos planos de saúde sujeitam-se também ao Código de Defesa do Consumidor. Assim, a jurisprudência vem entendendo que são nulas essas cláusulas contratuais que ofendem a boa-fé e a equidade ao estabelecerem restrições a alguns serviços e direitos fundamentais do consumidor, ainda que tais limitações estejam escritas com destaque no contrato.

Outras cláusulas abusivas, que tem ocorrência frequente nos planos de saúde, são as que limitam o tempo de internação dos pacientes, as que oferecem cobertura parcial e as que rejeitam por completo a cobertura de certos sinistros, hipótese verificada nos casos em que as empresas se recusam a cobrir despesas relacionadas ao combate de obesidade mórbida, diabetes ou AIDS.

Sobre as cláusulas que limitam o tempo de internação dos pacientes, cabe ressaltar que a matéria já foi objeto da súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça a qual regula que “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”

Por analogia, também se vêm entendendo que os ditames da mesma súmula devem incidir sobre as cláusulas contratuais que limitam o número de sessões de tratamento como a radioterapia e a quimioterapia.

Cabe à parte responsável pela elaboração das cláusulas agir com lealdade e transparência e fornecer ao consumidor, com clareza, todas as

informações de que dispõe, sob pena de responder por eventuais ambiguidades ou contradições.

Contudo, mesmo no caso de as cláusulas estarem claras no contrato, essas são passíveis de nulidade. Não importa que o consumidor tenha firmado o contrato ciente da previsão de que o tratamento seria excluído da cobertura oferecida pelo plano de saúde. O segurado celebra o negócio com o intuito de preservar sua saúde e sua vida. A cobertura, portanto, deve atingir esta finalidade, sendo manifestamente contrária ao princípio da boa-fé a existência de qualquer situação que afronte a expectativa do consumidor e venha a suprimir, no todo ou em parte, os seus direitos. A essência do contrato é preservar a vida e a saúde do contratante.¹²⁰

Se os planos de saúde, ou os seguros de saúde, têm o caráter segurador, não é difícil entender que tanto continuam sob o ordenamento do direito do consumidor, como a própria lei continuamente dispõe, como incorporam aqueles pontos já antes estabelecidos na doutrina a respeito dos contratos de seguro como contratos de adesão. Em suma, o Código de Defesa do Consumidor estabelece princípios que devem, inclusive, reger a interpretação de qualquer nova regra sobre relações de consumo. Portanto, entende-se plenamente possível uma harmonização das disposições da lei regulamentadora dos planos e seguros de saúde com as regras mais gerais do Código de Defesa do Consumidor.¹²¹

¹²⁰ MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Saúde e Responsabilidade: Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.56.

¹²¹ *Ibidem*, p. 79.

3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE ABUSIVIDADE EM CONTRATO DE SEGURO DE SAÚDE

3.1. Julgado favorável ao reconhecimento de abusividade em contrato de seguro de saúde

A jurisprudência brasileira vem admitindo a vulnerabilidade do consumidor como princípio na interpretação dos contratos de adesão, possibilitando a anulação das cláusulas abusivas, inclusive nos contratos de seguro de saúde.

3.1.1. STJ - REsp: 1.364.775 MG 2012/0271075-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/06/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2013, undefined

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. EXCLUSÃO DE COBERTURA RELATIVA À STENT. ABUSIVIDADE. DANO MORAL.

- É nula a cláusula contratual que exclua da cobertura órteses, próteses e materiais diretamente ligados ao procedimento cirúrgico a que se submete o consumidor. Embora o mero inadimplemento contratual não seja causa para ocorrência de danos morais, é reconhecido o direito à compensação dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. Recurso especial provido.”

A jurisprudência em comento cuida de uma ação de obrigação de fazer cumulada com compensação por danos morais ajuizada pelo recorrente (pessoa física) em face de Golden Cross Seguradora S/A (pessoa jurídica) em virtude de negativa indevida de cobertura para implantação de stent com o escopo de determinar que a seguradora arque com as despesas decorrentes dos materiais necessários para a realização da cirurgia, bem como que seja condenada ao pagamento de indenização por danos morais.

Na inicial, narrou o recorrente, que contratou há 13 (treze) anos plano de saúde com a recorrida, pagando prestações mensais, contudo a recorrida se negou

a arcar com os valores correspondentes a materiais a serem utilizados na cirurgia de descompressão neurológica, sob o argumento de que não havia cobertura contratual para tal procedimento cirúrgico.

Requeru, assim, liminar para que a recorrida arque com as despesas, autorizando a realização do procedimento cirúrgico, expedindo mandado, fixando multa. Requeru, ainda, os benefícios da justiça gratuita, e indenização por danos morais no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Conforme argumentação da jurisprudência em análise, cláusula que exclui próteses de qualquer natureza dos contratos de plano de saúde estabelece evidente contradição relativamente à finalidade e natureza do instrumento de prestação de assistência médico-hospitalar, além de estabelecer desconformidade abusiva, por desvantagem exagerada em relação ao consumidor, de forma incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, resguardados pela Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, como evidenciado na jurisprudência, irrelevante é a discussão acerca da aplicação ou não da lei 9.656/98 aos planos de saúde anteriores a ela, eis que a saúde foi contemplada pelo legislador constituinte na Constituição Federal de 1988, sendo direito social fundamental e de suma importância ao bem-estar do cidadão, com garantia do Estado.¹²²

A jurisprudência julgou indiscutível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações contratuais mantidas junto a empresas operadoras de plano de saúde. Conforme entendido, as aludidas empresas, prestando o serviço objeto da contratação de maneira reiterada e mediante remuneração, enquadram-se perfeitamente no conceito de fornecedores, conforme disposto no artigo 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor.¹²³

O Código de Defesa do Consumidor, ao consagrar os princípios da boa-fé, da confiança, da hipossuficiência consumerista e da vulnerabilidade, trouxe importantes inovações no âmbito das relações contratuais, permitindo o restabelecimento de uma igualdade e um equilíbrio entre o consumidor e o

¹²² MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Saúde e Responsabilidade: Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 92.

¹²³ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 59.

fornecedor. Este dispõe ordinariamente de melhores condições técnicas, econômicas e intelectuais para perseguir seus interesses, impondo ao usuário o maior número possível de desvantagens em seu exclusivo benefício, com o agravamento, em contrapartida, da posição da parte mais frágil, que é o consumidor.¹²⁴

O posicionamento apresentado traz a mesma premissa apontada por Cláudia Lima Marques¹²⁵, que ensina que o ponto de partida do Código de Defesa do Consumidor é a afirmação da vulnerabilidade do consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo.

Na jurisprudência em comento, analisa-se que o recorrente efetivamente aderiu ao plano de saúde oferecido pela recorrida, pagando com regularidade as parcelas ajustadas, sendo, agora, acometido por doença cardíaca grave, necessitando da implantação de stent, tendo sido indicado como tratamento justamente a implantação de stent coronário.

Sendo os contratos de plano de saúde de adesão, haja vista suas cláusulas já virem prontas, só prevalecem enquanto não se detecta qualquer tipo de abusividade que pressuponha a vantagem exagerada a uma das partes e o desequilíbrio da relação contratual. Hoje, as normas prevalecentes são as que visam à proteção dos direitos da pessoa humana, não permitindo que cláusulas abusivas prejudiquem o consumidor.

O julgado em comento deixou claro que não há de se falar em despesa expressamente excluída e cláusula limitadora e não abusiva. A exclusão genérica de próteses prevista no contrato de seguro de saúde é nula de pleno direito, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada, contrariando o princípio da boa-fé, de acordo com o inciso VI do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, Noronha¹²⁶ aponta que o princípio contratual da boa-fé, que também poderia ser chamado de princípio de proteção (ou de tutela) da confiança (isto é, confiança legítima), consiste no dever de cada parte agir de acordo

¹²⁴ BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Rosco. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 103.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 69.

¹²⁶ NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 102.

com os padrões mínimos socialmente reconhecidos de lealdade, correção, lisura, em cooperação com a contraparte, para que não sejam frustradas as expectativas desta que sejam legítimas, ou, por outras palavras, para que seja protegida a confiança gerada numa das partes pela atuação da outra.

Os contratos de seguro estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, devendo suas cláusulas estarem de acordo com o diploma legal, devendo ser respeitadas as formas de interpretação e elaboração contratuais, especialmente a respeito do conhecimento ao consumidor do conteúdo dos contratos, a fim de coibir desequilíbrios entre as partes, principalmente em razão da hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor.¹²⁷

Como ensina Marques¹²⁸, a interpretação do contrato deve sempre ser feita em favor do consumidor, isso significa que, entre dois ou mais sentidos possíveis de serem extraídos da leitura do contrato, deve-se privilegiar a interpretação mais favorável ao consumidor, parte frágil da relação. Entre duas cláusulas contraditórias ou aparentemente dissonantes, deve-se observar a que mais vantagens apresentar ao consumidor.

No julgado em comento, foi analisado que a referida cláusula nada mais é que uma cláusula limitativa, ou seja, ela implica em limitação de direito do consumidor. Tal cláusula não é proibida pelo Código de Defesa do Consumidor, todavia, qualquer situação ou estipulação que implicar ou cercear qualquer limitação de direito do consumidor, bem como a que indicar desvantagem ao aderente, deverá estar obrigatoriamente exposta de forma mais clara no contrato de adesão. Não é o que aconteceu no caso dos autos, pois nenhum destaque foi feito pela seguradora para salientar e explicar claramente a referida cláusula.

A jurisprudência em questão observou que a referida cláusula é nula de pleno direito por configurar cláusula abusiva de acordo com o artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, eis que limitativa de direito, sem qualquer destaque, como demanda a legislação pertinente.

Em seu relatório, a Ministra Nancy Andrighi afirmou que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firmada no sentido de que, por se tratar de contrato

¹²⁷ BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 201.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 366.

de trato sucessivo, é possível verificar a abusividade das cláusulas ante as normas consumeristas, mesmo que firmado antes da própria vigência do Código de Defesa do Consumidor. Outrossim, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é pacífico no que concerne à nulidade de cláusula contratual que exclua da cobertura órteses, próteses e materiais diretamente ligados ao procedimento cirúrgico a que se submete o consumidor.

Em suma, conclui-se que o julgado encontra-se em consonância com o art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor e por doutrinadores apresentados nesse trabalho.

3.2. Julgado desfavorável ao reconhecimento de abusividade em contrato de seguro de saúde

A jurisprudência brasileira admite que os planos de saúde incluam em seus contratos cláusulas limitativas de direitos do consumidor, apesar desse ser a parte mais fraca da relação de consumo, sendo vulnerável técnica, econômica e juridicamente. Tais cláusulas não são consideradas abusivas, como demonstra o julgado a seguir.

3.2.1. STJ – AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO: 1.381.302 - DF 2010/0209987-5, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de julgamento: 13/03/2012, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe19/03/2012, undefined

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA ORTOGNÁTICA. LESÕES TRAUMÁTICAS BUCO-DENTÁRIAS DECORRENTES DE ACIDENTE PESSOAL. AUSÊNCIA DE COBERTURA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULAS 05 E 07/STJ.

1. Reconhecido pelo Tribunal de origem que a "cirurgia ortognática na mandíbula", bem como que o "tratamento odontológico de lesões traumáticas buco-dentárias decorrentes de acidente pessoal" não se encontram entre os riscos cobertos pelo plano de saúde e inexistindo qualquer especificidade que, sob o prisma do CDC, justifique a alegação de abusividade contratual, não há se falar em injusta recusa de cobertura securitária. 2. A elisão de conclusões do aresto impugnado, consignando a inexistência de abusividade contratual e de previsão para a cobertura vindicada, demandaria o revolvimento dos meios de convicção dos autos, em especial das cláusulas da

avença firmada entre as partes, providência vedada nesta sede especial a teor das súmulas 05 e 07/STJ. 3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.”

Trata-se de um Agravo Regimental no Agravo de Instrumento ajuizado pelo consumidor (pessoa física) em face da Golden Cross Assistência Internacional de Saúde LTDA. (pessoa jurídica), objetivando ressarcimento de despesas que teve com o procedimento cirúrgico nas arcadas dentárias, uma vez que a seguradora se absteve de arcar com tais despesas, sob a alegação de que o procedimento não estaria coberto pelo plano por se tratar de contrato antigo.

A cláusula em comento, que exclui a cobertura em relação ao procedimento feito pelo recorrente, não pode ser considerado ilegal, uma vez que implica apenas na especificação e delimitação do valor da indenização, de acordo com casuística própria, a qual era de pleno conhecimento pelo segurado.

Nessa linha, Sérgio Cavalieri Filho¹²⁹ ensina que as cláusulas limitativas do risco estão previstas no próprio Código Civil, cujo art. 1.434¹³⁰ determina, expressamente, que a apólice especifique os riscos assumidos pelo segurador, o valor do seguro e prêmio pago pelo segurado. A seguir, temos, ainda, o art. 1.460¹³¹ (Código Civil), que é claro em permitir a limitação dos riscos, ao dispor: “quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, o segurador não responderá por outros que venham a ocorrer”. Sendo assim, são induvidosas a legalidade e validade da cláusula limitativa de risco como meio legítimo para se manter o equilíbrio do contrato. Importa, isso, dizer que alguns riscos, por sua gravidade ou extensão, capazes de comprometer o equilíbrio da mutualidade, podem não receber cobertura do segurador. Obrigar o segurador a indenizar por riscos expressamente excluídos da cobertura contratual é o mesmo que lhe impor cobertura total para um veículo acidentado cuja apólice só previa indenização por furto, roubo e incêndio.

Não há sequer dubiedade ou obscuridade na relação da cláusula. Há apenas o inconformismo do beneficiário, que pretende receber o reembolso integral

¹²⁹ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 378.

¹³⁰ Art. 1.434 - O credor não pode ser constrangido a devolver a coisa empenhada, ou uma parte dela, antes de ser integralmente pago, podendo o juiz, a requerimento do proprietário, determinar que seja vendida apenas uma das coisas, ou parte da coisa empenhada, suficiente para o pagamento do credor.

¹³¹ Art. 1.460 - O devedor do título empenhado que receber a intimação prevista no inciso III do artigo antecedente, ou se der por ciente do penhor, não poderá pagar ao seu credor. Se o fizer, responderá solidariamente por este, por perdas e danos, perante o credor pignoratício.

sem ter direito a tanto. Destarte, é de se reconhecer como inteiramente válida a cláusula restritiva de cobertura do plano de saúde. Em consequência, não se pode entender que o autor tenha direito ao pagamento das despesas pela cirurgia que realizou.

O julgado em questão analisou que é cabível ao caso as regras do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de contrato de trato sucessivo, com renovação a cada 24 (vinte e quatro) meses, incidindo a legislação no ano da renovação correspondente, na circunstância, logo após a publicação da lei, uma vez que o contrato é de 1986.

Contudo, muito embora o Código de Defesa do Consumidor seja admissível nesse feito, não se vislumbrou qualquer abusividade das cláusulas pactuadas porque não configuram restrição de direitos, mas tão somente faculdade da recorrida em ofertar ao recorrente a prestação que entende possível.

Em resumo, a jurisprudência desse caso não vislumbrou a abusividade da cláusula contratual, uma vez que implica apenas na especificação e delimitação do valor da indenização.

CONCLUSÃO

O contrato negociado, pelas partes contratantes, com vista à regulação de seus interesses, é substituído pelo contrato de adesão, como instrumento da nova economia do mercado, de grandes empresas, em que uma das partes, economicamente mais forte, predispõe as cláusulas contratuais que serão incorporadas a múltiplos contratos individuais, cujos destinatários, na sua maioria consumidores, limitar-se-ão a aceitar sem nenhuma liberdade de influir no seu conteúdo.

O contrato deixa, assim, de ser fruto da autonomia privada, tal como concebida na época do efetivo exercício da liberdade contratual e, por isso, passa a representar a vontade de apenas uma das partes, que a dita a uma coletividade de pessoas, ou seja, impõe o regulamento de seus contratos a uma grande massa de contratantes, que deixam de exercer a liberdade de conformação com o conteúdo do contrato, exercitando apenas a liberdade de decisão, isto é, de contratar ou não contratar.

Presume-se, nesses contratos, a vulnerabilidade do consumidor, justificada pelo pré-estabelecimento das cláusulas unilateralmente pela parte economicamente mais forte (fornecedor) e que, inevitavelmente, se esforça para resguardar seus interesses econômicos. Diante de tal disparidade, o Código de Defesa do Consumidor veio reger as relações de consumo tutelando especialmente sua parte mais frágil.

A vulnerabilidade, assim, passa a ser um estado inevitavelmente associado ao consumidor. Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor veio buscar um equilíbrio, a transparência e a harmonia nas relações de consumo, fortalecendo a parte que se encontra em inferioridade.

No primeiro capítulo introduziu-se o tema analisando as generalidades do contrato. Ato contínuo, demonstrou-se o conceito de contrato de consumo, focando no princípio da vulnerabilidade do consumidor, o qual busca a plena harmonização dos desequilíbrios existentes na relação de consumo.

Tal princípio foi criado para que o sistema jurídico positivado brasileiro reconhecesse a qualidade dos sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo

em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente na mesma relação.

Ademais, a doutrina distingue os tipos de vulnerabilidade entre a técnica, que acontece quando o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço que está adquirindo, a econômica, procedente da desigualdade de forças existente entre consumidores e fornecedores, e a jurídica, que se caracteriza pelas dificuldades que o consumidor possui para defender seus direitos.

Neste diapasão, observou-se a ocorrência das cláusulas abusivas nos contratos de consumo, resultantes do vínculo lógico entre o abuso do direito e a vulnerabilidade do consumidor, colocando o consumidor em uma situação de desvantagem exagerada em relação ao fornecedor.

Além do Código de Defesa do Consumidor trazer um rol exemplificativo das cláusulas absolutamente proibidas, o Código Civil obriga a todos os contratantes a guardar na conclusão e na execução do contrato os princípios da probidade e da boa-fé.

O segundo capítulo abordou a garantia constitucional do direito do consumidor. O consumidor é identificado na Constituição como sujeito vulnerável a ser protegido, portanto, a interpretação dos contratos deve ser sempre feita a favor, e nunca contra, o consumidor.

Ademais, demonstrou-se as duas principais teorias acerca do conceito de consumidor, a finalista e a maximalista, ambas focadas no conceito de destinatário final inserido no Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, fundando-se entre essas duas teorias, a doutrina e a jurisprudência optaram por criar a teoria finalista mista ou moderada, possibilitando a classificação de pessoas jurídicas e profissionais como consumidores, desde que demonstrada a vulnerabilidade, permitindo, assim, a tutela do Código de Defesa do Consumidor.

Destacou-se, ainda, que os contratos de adesão além de cumprirem os pressupostos que lhes são próprios, deverão também cumprir a exigência de serem úteis para a sociedade.

Ainda no capítulo segundo, foi apontado que o Código de Defesa do Consumidor se sobressai à Lei 9656/98, que regula os planos de saúde, por àquele ser uma Lei de raiz constitucional e, portanto, hierarquicamente superior. Portanto, o consumidor de plano de saúde continua a ter sua vulnerabilidade reconhecida.

Neste diapasão, o Superior Tribunal de Justiça sumulou seu entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor se aplica aos contratos e planos de saúde.

No capítulo terceiro, foi apresentada a efetiva incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre consumidores e fornecedores de seguros de saúde. Para isso, foi apresentado e analisado caso concreto que concluiu as empresas prestadoras de serviços de planos de saúde enquadram-se perfeitamente no conceito de fornecedor e os contratos vinculados por elas são de adesão, e por isso suas cláusulas devem ser analisadas a favor do consumidor.

Com isso, foi analisado como a jurisprudência vem efetivamente utilizando o Código de Defesa do Consumidor para julgar casos concretos, restando claro que o princípio da vulnerabilidade é guia para a solução de conflitos em uma relação de consumo.

A investigação deste estudo monográfico permite concluir que a vulnerabilidade do consumidor é princípio absoluto na interpretação dos contratos de adesão, possibilitando a anulação de cláusulas abusivas, inclusive em contratos de seguro de saúde. Dessa forma, a hipótese levantada no início da pesquisa restou verificada validamente conforme os argumentos jurídicos apresentados neste trabalho.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Contratos I: conceitos, fontes, formação**. 5. ed. São Paulo: Editora Almedina, 2013.

BENJAMIM, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria Geral do Direito Civil**. 20 ed. São Paulo: Editora Universitária, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1998.

_____. **Código Civil** (2002). Brasília: Senado, 2005.

_____. **Código de Defesa do Consumidor** (1990). Brasília: Senado, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COSTA, Wagner Veniziani. **Contratos: Manual Prático e Teórico**. 39 ed. São Paulo: Madras, 2002.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor: conceito e extensão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

JUNIOR, Nelson Nery. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 9 ed. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2007.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Contratos e Responsabilidade Civil no CDC**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil**. 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2002.

LYRA, Marcos Mendes. **Controle das cláusulas abusivas nos contratos de consumo**. 1 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Saúde e Responsabilidade**: Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Guilherme Magalhães *et al.* **Temas de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da defesa do consumidor em juízo**: por danos causados em acidente de consumo. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Paulo Valério Del Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: nos contratos, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 2 ed. São Paulo: Editora Síntese, 2002.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ONIAL, Nadya Regina Gusella. **Caracterização das cláusulas contratuais abusivas nos contratos de consumo**. 7. ed. São Paulo: Editora Universidade de Passo Fundo, 2003.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Da responsabilidade por vício do produto e do serviço**: código de defesa do consumidor lei 8.078, de 11.09.1990. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

RUTHES, Astrid Maranhão de Carvalho. **Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2004.

SILVA, de Plácido. *Apud* TALAVERA, Glauber Moreno. **Relações de consumo no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2001.

SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **Contratos**. 3 ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2003.

SOBRINHO, Mario de Camargo. **Contrato de adesão e a necessidade de uma legislação específica**. 1 ed. São Paulo: Editora Interlex, 2000.

TALAVERA, Glauber Moreno. **Relações de consumo no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2001.